

OFICIO 220-115230 DEL 30 DE JULIO DE 2018

REF.: ALGUNOS DERECHOS QUE ADQUIERE LA EMPRESA ABSORBENTE EN LOS CASOS DE FUSIÓN.

Me refiero a su solicitud radicada en esta Superintendencia bajo No. 2018-01-293444 el 20 de junio de 2018, escrito mediante el cual se proponen las inquietudes que se transcriben a continuación:

1. ¿Cuál es la posición de la Superintendencia de Sociedades respecto de la transmisión de la experiencia de las compañías absorbidas en favor de la compañía absorbente, como consecuencia de la fusión?.
2. ¿Hay eventos previstos en la ley en los que la compañía absorbente no podría acreditar como propia la experiencia de las compañías absorbidas?.
3. Teniendo en cuenta que la fusión implica la adquisición de derechos y obligaciones por parte de la sociedad absorbente, ¿una sociedad de economía mixta, sujeta a un régimen de contratación especial, puede desconocer la aplicación de las normas comerciales y no reconocer la adquisición de la experiencia de una de las compañías absorbidas por parte de la compañía absorbente?.

Al respecto, es del caso observar que en ejercicio de la facultad para resolver consultas con fundamento en el artículo 28 del C. C. A., no le es dable a la Entidad pronunciarse sobre situaciones de carácter particular y concreto, menos tratándose de sociedades cuyos antecedentes se desconoce, pues su propósito no es otro que dar a conocer una opinión general y abstracta sobre las materias de su competencia, de manera que con los elementos de juicio que se aporten, el peticionario pueda tomar decisiones y/o adelantar las acciones a que hubiere lugar.

Bajo ese presupuesto procede abordar en su orden las inquietudes objeto de su consulta, teniendo en cuenta las disposiciones legales aplicables y la doctrina emitida por esta entidad.

1. En torno al tema los derechos que se adquieren por la sociedad absorbente como consecuencia de la fusión, esta Superintendencia ha expuesto de manera reiterada su concepto, así:

“(…) En conclusión, este Despacho es del criterio que si a través de la fusión, se integran el patrimonio y las empresas de las sociedades participantes, le es dable a la absorbente invocar como suya la experiencia de la sociedad absorbida, ya que ésta también entra a formar parte del patrimonio de la absorbente o nueva

sociedad como anota el doctor Gabino Pinzón, cuyo criterio acoge esta Entidad, “no se trata de una fusión de empresarios, sino de empresas, esto es, de la actividad de cada una de las sociedades”.

Sin embargo, será discrecional de las entidades contratantes, aceptar o no, respecto de una sociedad que se haya fusionado la experiencia de las absorbidas para acreditarla como suya, como igual lo será de la Cámara de Comercio para su inscripción en el registro de proponentes, teniendo en cuenta las condiciones que al efecto establece el Decreto 92 de 1998, por el cual se reglamenta la clasificación y calificación en el Registro único de proponentes.”

Del concepto expuesto se colige que los argumentos abordan el tema desde la perspectiva de que la experiencia pueda ser invocada por la absorbente o por la sociedad nueva que se cree, únicamente para acreditar esa formalidad frente a un proceso de selección en la adjudicación de un contrato, por ello advierte que es discrecional de la entidad contratante, aceptarla o no, como igual lo será la Cámara de Comercio para la inscripción en el registro de proponentes. “

A lo anterior restaría agregar que el tema ha de ser tratado a la luz del artículo 60 del Decreto 2474 de 2008, por el cual se reglamentan parcialmente las normas que la regulen, como es el caso del Decreto 2474 de 2008, al que obviamente deberán estarse las Entidades a que haya lugar para determinar los requisitos y condiciones que sea necesario exigir, en atención a los contratos que bajo su responsabilidad se celebren, amén del carácter general y obligatorio que emana de la ley.(...)¹”

“(…) En este sentido, es claro que la conclusión a la que se hace referencia en el oficio cuya lectura no ofrece ninguna dificultad de interpretación, es la contenida en el oficio 220-021203 del 21 de abril de 2006, que fue el motivo de

1 Superintendencia de Sociedades. Oficio No, 220--072759 (14 de mayo de 2014). Asunto: Transmisión de la experiencia en procesos de fusión y/o escisión. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-072759.pdf#search=transmision%20experiencia%20sociedad%20absorbente

la solicitud, conclusión que como se indicó, fue reiterada luego en el Oficio 220-072759 del 14 de mayo de 2014, que además agregó lo siguiente:

“Del concepto expuesto se colige que los argumentos abordan el tema desde la perspectiva de que la experiencia pueda ser invocada por la absorbente o por la sociedad nueva que se cree, únicamente para acreditar esa formalidad frente a un proceso de selección en la adjudicación de un contrato, por ello advierte que es discrecional de la entidad contratante, aceptarla o no, como igual lo será la

Cámara de Comercio para la inscripción en el registro de proponentes, circunstancia que como se observa se aparta de la viabilidad para donar, ceder o negociar, total o parcialmente la experiencia, puesto que ésta no es un activo, vocablo definido en el Diccionario de Términos Contables para Colombia, como el “conjunto de recursos económicos o bienes y derechos que posee una persona natural o jurídica y que son fuente potencial de beneficios; por ej.: efectivo, inversiones, inventarios, bienes inmuebles etc...”, rubro que junto con la transferencia de los pasivos es lo que determina el proceso de escisión (Art. 3 y 4 de la Ley 222/95).”

En este orden de ideas, para los fines de la presente solicitud, basta confirmar el concepto de esta Entidad del que tratan los oficios mencionados, en el sentido de concluir que en efecto, es susceptible de aceptar la transmisión de la experiencia de las empresas en los procesos de fusión o escisión, según las condiciones expuestas, concepto que se mantiene vigente, aún a la luz de las actuales disposiciones legales, por cuanto la inclusión de las reglas para la inscripción en el Registro único de Proponentes, por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, responde a exigencias propias de la contratación pública, como se desprende del pronunciamiento emitido por esa Superintendencia, número 16-094075- -00002-0000, que al respecto, señala:

“...4.3 Frente al Clasificador de Bienes y Servicios, la función de las cámaras que en materia registral es taxativa y reglada como se señaló en el numeral 4.1, se circunscribe a verificar que los códigos de clasificación de bienes y servicios reportados por el proponente en el RUP, correspondan con el clasificador de bienes y servicios definido y adoptado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente....”

Lo anterior, sin perjuicio de la discrecionalidad que tiene la persona del contratante, para valorar la experiencia acreditada en el registro único de proponentes y de la posibilidad que tiene la persona del contratista, para actualizar la información registrada relativa a su experiencia y capacidad jurídica en cualquier momento, como lo dispone el artículo 2.2.1.1.1.5.1, (artículo 8 del Decreto 1510 de 2013) (...)² .

² Superintendencia de Sociedades. Oficio No, 220--084271 (31 de mayo de 2018). Asunto: Transmisión de la experiencia en procesos de fusión y/o escisión. Disponible en:

Adicionalmente hay que poner de relieve que el numeral 2.5. del artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, establece que en los requisitos que deben allegarse al RUP con el fin de acreditar, entre otros la experiencia, debe

entregarse el (los) certificado(s) de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado; así las cosas, en caso que la constitución del interesado sea menor a tres (3) años, este podrá acreditar para efectos de la inscripción en el RUP, la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.

No obstante lo anterior, es preciso reiterar que en todo caso, será discrecional del contratante, valorar la experiencia que se acredite, así como de la Cámara de Comercio al momento de la inscripción den el RUP de los certificados correspondientes como lo establece el artículo 2.2.1.1.1.5.1 y 2.2.1.1.1.5.3.

Las consideraciones expuestas responden la segunda inquietud, pues como se ha indicado, la legislación no determina en qué casos particulares procede la acumulación de experiencia, por lo cual tampoco considera exclusiones a una regla que no ha contemplado específicamente.

Por último, frente a la tercera inquietud, es de insistir que la doctrina de este Despacho no desconoce los derechos y obligaciones que se adquieren por la sociedad absorbente al momento de la fusión; como explica el profesor y actual Superintendente de Sociedades, Reyes Villamizar, se ha considerado que los efectos fundamentales de la fusión son: 1. El traspaso en bloque de patrimonios, que consiste en la transferencia patrimonial pura y simple, a título universal, de los bienes, derechos y obligaciones de la(s) sociedad(es) fusionada(s) en favor de la compañía absorbente; 2. La extinción de las sociedades fusionada, por lo que una vez realizada la operación subsiste la sociedad absorbente y se extinguen las sociedades fusionadas; 3. Vinculación de los socios o accionistas a la sociedad absorbente, con su incorporación a la nueva sociedad; 4. Responsabilidad por las obligaciones pasadas y futuras de pleno derecho en manos de la sociedad absorbente.³

No obstante, en materia de contratación, hay que tener en cuenta que en cada caso se estará a las disposiciones legales a que haya lugar, en el caso de la contratación estatal, a lo determinado especialmente en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y demás leyes y normas concordantes, así

como en materia comercial, específicamente lo determinado en el artículo 845 y s.s. del Código de Comercio, que sigue el parámetro del criterio del contratante con el fin de acreditar la experiencia de la absorbida en favor de la absorbente en la fusión.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los alcances descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de esta Entidad, puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.